

# CONCEPTO Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

*Dr. Cairo Manuel López S.  
Catedrático de  
Derecho Constitucional y  
Derecho Administrativo  
de la UCA*

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Una de las ideas dominantes del Derecho Administrativo es la conciliación entre el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes del Derecho común que posee la Administración, y la salvaguardia de los derechos e intereses de los ciudadanos. Hay una especie de tensión constante entre prerrogativas y derechos que hace a veces difícil obtener el equilibrio entre estos dos polos en los cuales discurre la vida administrativa.

En efecto, la necesidad de estructurar algún tipo de control de la Administración constituye una de las preocupaciones fundamentales que se plantea tanto el jurista, el político, el sociólogo, como el hombre de la calle, el ciudadano normal, común y corriente.

Desde esta perspectiva, resulta insuficiente la consagración, dentro de un ordenamiento jurídico, de principios como el de la legalidad o de la responsabilidad, aunque estas declaraciones se hagan a través de una norma constitucional. Es necesario además velar por su correcta y oportuna aplicación y por la creación de instrumentos idóneos para este fin.

Esta necesidad se impone, desde luego, en el interés de los ciudadanos, de los administrados, para protegerles de las arbitrariedades e injusticias, y al mismo tiempo, para evitar los abusos y despilfarros de los fondos públicos, como contribuyentes que son, es decir como sujetos pasivos de la relación tributaria. Pero este control interesa además a la Administración, y al Poder Político mismo, sean cuales sean sus características y particularidades.

Este problema del control de la Administración se presenta en todos los países, independientemente del desarrollo que tengan sus administraciones. Pero reviste particular importancia en los llamados países del tercer mundo, donde la necesidad de algún tipo de control se hace particularmente urgente en razón de la escasez de recursos y carencia de personal suficientemente preparado para realizarlo.

Ahora bien, existe una variedad muy amplia de sistemas de controles. Estos pueden ser: a) internos: control jerárquico, tutela, financiero; b) externos: políticos, mediante instituciones especializadas, procedimiento administrativo y lo jurisdiccional.

Nos interesan particularmente los controles externos. Respecto a la modalidad del control político, éste pueden ejercerlo las asambleas nacionales (Congreso en los Estados Unidos, Soviet Supremo en la Unión Soviética), los partidos políticos, organizaciones sociales como los sindicatos, o bien la prensa u otros medios de opinión pública como sucede en los países escandinavos.

Dentro de las instituciones especializadas y exteriores a la Administración, hay que mencionar las que ejercen un control no jurisdiccional. Destacan, en este sentido, el Ombudsman sueco y la Prokuratura soviética. Ambas instituciones, nacidas casi al mismo tiempo, a principios del siglo XVIII, se han desarrollado en regímenes muy distintos.

El Ombudsman es un delegado del Parlamento, encargado de ejercer un control sobre la

Administración, nacido en Suecia, ha sido adoptado por los otros países escandinavos, por Gran Bretaña( Comisario Parlamentario), la República Federal Alemana e Israel. Una última adopción se encuentra en Francia bajo el nombre de "Médiateur". La Prokuratura cumple una doble función: de una parte, se encarga de la vigilancia del funcionamiento de la justicia en toda su amplitud; y de otra, del mantenimiento de la legalidad socialista.

Entre ambas instituciones existen, desde luego, diferencias considerables derivadas, sobre todo, del contexto político en que se desenvuelven. Pero también presentan algunos puntos comunes que las diferencian de las instituciones de control jurisdiccional, así, entre otros, su carácter poco formalista, la agilidad y celeridad de los procedimientos, y que además carecen de poder decisorio.

Respecto al control jurisdiccional de la Administración, debemos señalar que éste se ejerce por jueces mediante un procedimiento contencioso, iniciado generalmente a consecuencia de una demanda de los particulares y sometido a reglas procedimentales más o menos estrictas. En cuanto a su extensión se distinguen dos fórmulas: la de la cláusula general de la competencia, y la de la cláusula enumerativa. Según el primer sistema toda la actividad administrativa quedaría sometida al control del juez, salvo determinadas materias expresamente exceptuadas; conforme al sistema de la cláusula enumerativa, únicamente aquellas autorizadas por la Ley. Entre uno y otro se da toda una gama de soluciones y aproximaciones intermedias.

En cuanto a la organización del control jurisdiccional de la Administración, se encuentran fundamentalmente tres sistemas: que éste se encomiende a los tribunales comunes; que lo realicen tribunales especializados, pero integrados dentro de un sistema judicial único; o bien, que se encargue a una jurisdicción administrativa autónoma e independiente de la jurisdicción ordinaria. Cada uno de estos sistemas encuentra sus más destacadas caracterizaciones en ciertos países que son verdaderamente representativos, así Inglaterra pertenece al primer grupo; España al segundo, y Francia al tercero.

Este control jurisdiccional al que hacemos referencia se ha revelado como un excelente medio

de protección a los particulares. Sin embargo, y pese a todas sus ventajas, resulta insuficiente, sobre todo por ser un control a posteriori de la acción administrativa, y a la lentitud observada en sus procedimientos.

Frente a esa situación se ha pensado en estructurar todo un sistema de control en las fases mismas de gestación y desarrollo de la acción administrativa. Este es el denominado procedimiento administrativo; este tipo de control a priori ha conocido en los últimos años un florecimiento y desarrollo considerable en varios países, manifestándose su vigencia y preocupación en la literatura jurídica mundial más reciente.

En Nicaragua —salvo el llamado "Juicio de Amparo" que es más que nada un medio de control de la constitucionalidad— carecemos de medios suficientes y adecuados de protección a favor de los administrados, haciéndose notar la falta de una verdadera jurisdicción administrativa y de otros medios de control. En este sentido, carecemos de una Ley general de Procedimiento Administrativo, existiendo, claro está, ciertas disposiciones aisladas que no constituyen, ni mucho menos, un todo coherente.

En la nueva Constitución Política de 1974 se ha producido, sin embargo, un hecho nuevo: la posibilidad de la creación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En efecto, en los artos. 303 y 304 Cn. se contempla la estructuración de un "Tribunal de lo Contencioso Administrativo" adscrito al Poder Judicial. La mera declaración constitucional en sí supone un paso adelante y un verdadero avance en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo como muchas de las declaraciones programáticas que encierran las constituciones políticas, éstas no son efectivas y reales sino hasta que son desarrolladas por una Ley ordinaria que las concretiza y las hace efectivas. Lo deseable es que una ley de esa naturaleza se dictara lo más pronto posible.

Podrían, en ese caso, ver la luz muchos estudios en torno a la protección de los administrados, partiendo de un ordenamiento jurídico concreto; pero mientras esa ley no se dicte, todo planteamiento de *lege data* es imposible, quedando abierta toda discusión y consideración sobre lo contencioso-administrativo en un plano teórico o doctrinario, de *lege ferenda* en fin.

En este sentido creemos que el mejor medio de protección que existe para los particulares es el sistema de lo contencioso-administrativo, o la jurisdicción contenciosa-administrativa, puesto que asegura el examen de las pretensiones que los particulares pueden esgrimir contra la Administración mediante tribunales independientes. Empero, este tipo de protección se ha revelado insuficiente en las legislaciones de otros países que cuentan con una larga tradición administrativa; la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido y la doctrina más avanzada del mundo se ha hecho eco de esta situación. El objeto del presente trabajo es llamar la atención sobre estos aspectos a los estudiosos del Derecho Administrativo y sobre todo, a aquéllos que, de una u otra manera, pueden participar en las tareas legislativas que traigan como consecuencia la dictación de una Ley de lo Contencioso-administrativo.

Partimos de la concepción que "El procedimiento administrativo" es previo a lo contencioso, tanto en un orden lógico como real y que por lo tanto, si se pretende juridizar la actividad administrativa es conveniente proceder por etapas. Antes de una Ley de lo Contencioso-administrativo debe de existir una Ley de procedimiento administrativo. Lo lógico y lo razonable es que así sea. La experiencia de otros países así lo aconsejan y los ejemplos en el Derecho Comparado son múltiples y profundamente aleccionadores. A este propósito responde el presente trabajo, sin detrimento alguno de que más adelante, y en otra ocasión, nos pronunciemos sobre el apasionante tema de lo contencioso-administrativo tal y como lo hemos venido haciendo en la cátedra.

## 2. INTRODUCCION

Al iniciar el estudio del procedimiento administrativo —entendido como uno de los medios de control de las actividades administrativas en favor de los particulares, y como instrumento para lograr una mayor eficacia en su actuación— es preciso establecer, previamente su concepto y naturaleza. Precisaremos una serie de conceptos básicos y estableceremos diferencias, que nos permitirán perfilar su entidad como objeto del presente estudio.

## 3. PROCESO: CONCEPTO AMPLIO Y CONCEPTO RESTRINGIDO.

**3.1. Concepto amplio.** Para un sector de la doctrina, la noción de proceso puede entenderse en un sentido lato o extenso. En este sector destaca el profesor argentino Agustín Gordillo, quien lo considera como "una consecuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado"(1). Debemos señalar entonces, por una parte, la unidad de los actos que constituyen el proceso y, por otra, su carácter teleológico. Partiendo de esta noción amplia o extensa del proceso, puede hablarse, con cierta propiedad, de la existencia de verdaderos procesos en cada una de las funciones estatales.

**3.2. Concepto restringido.** La noción de proceso, sin embargo, encuentra una mejor aplicación para la función judicial; en este sentido tiene ya un valor entendido en la literatura jurídica. Al restringir su utilización exclusivamente al proceso judicial, se facilita la distinción entre actos administrativos y actos judiciales, lo cual explica que la acepción restringida sea la más aceptada por la doctrina contemporánea. Para el mexicano Alfonso Nava Negrete, el problema es meramente terminológico y se obviaría si, en lugar de "proceso", se hablase de "juicio"(2). Gordillo acepta también la restricción del concepto: "Creemos preferible mantener la designación de proceso estrictamente para el proceso judicial"(3).

Para algunos, la noción amplia de proceso puede resultar peligrosa. En efecto, si no se considerara al "proceso" como sinónimo de juicio,

(1) AGUSTIN GORDILLO: "Procedimiento y Recursos Administrativos", 2a. ed., Ediciones Matchi, Buenos Aires, 1971, pág. 19.

(2) ALFONSO NAVA NEGRETE: "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Porrúa, México 1959, págs. 73 y ss. En el mismo sentido, JESUS GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", Madrid, 2a. ed., T.I. págs. 49 y s. —dice: "Pero si la doctrina procesal hubiera seguido conservando el término "juicio" para designar la institución destinada a satisfacer pretensiones por un órgano imparcial creemos que nunca hubiera surgido la polémica actual". Considera más bien que hay una especie de vuelta a la terminología primitiva.

(3) GORDILLO, A: Op. cit., pág. 21.

podría llegarse a sostener que no hay violación al principio de la defensa si la Administración resuelve después de haber oído al administrado, pues consideran indispensable la existencia de un juzgador imparcial e independiente que dirija el proceso. Esta figura, como veremos, no se presenta con las mismas características en sede administrativa, donde la Administración figura además como interesada.

De lo anterior no debe desprenderse que la actividad de la Administración se encuentra libre de una serie de principios y de reglas de estricta observancia; si así fuera, el particular quedaría desamparado y a merced de la Administración. Por el contrario, como existe un conjunto de reglas y de principios que norman su actuación, la actividad de la Administración está juridizada, es decir sometida a la legalidad. Estas reglas contribuyen de una parte a la realización de la seguridad jurídica en favor de los administrados (tal y como debe presentarse en un verdadero Estado de Derecho) y, de otra, sirven de cauce y de guía para el logro de una mayor eficacia, como lo reclaman las modernas preocupaciones del Estado Social de Derecho.

#### 4. PROCEDIMIENTO

Es un hecho sociológico reconocido, que toda conducta humana que presenta cierto grado de complejidad y reiteración —e integrada por varios actos sucesivos, combinados entre sí—, que pretenda la consecución de un fin determinado, tienda, de una manera espontánea y natural, a reproducirse una y otra vez, cuando se presenten las mismas condiciones, siempre y cuando esa conducta sea el camino más corto y menos costoso para alcanzar los fines propuestos. En un sentido muy amplio, podemos decir que la realización de tales hechos constituye un procedimiento.

En un sentido menos amplio, procedimiento, propiamente dicho, es aquello que regula las formas y requisitos previos (surgidos espontáneamente) que sirven de cauce a los actos que tienden a la consecución de un fin determinado. En este marco conceptual, puede presentarse en cualquier actividad humana, así modernamente, p. ej., en la empresa privada, o en una actividad estatal, siempre y cuando se pretenda obtener mejores resultados

con los menores gastos posibles. De esta manera se convierte en un elemento de eficacia y de racionalidad.

El procedimiento puede ser objeto de estudio por parte de diversas ciencias, tanto jurídicas como no jurídicas (ciencia de la administración y de técnicas de organización y métodos, de dirección y administración de personal, etc.); más lo que aquí nos interesa, es la noción de procedimiento estudiada desde un ángulo jurídico. Son motivo, entonces, de especial preocupación por parte del procedimiento administrativo: la eficacia de la acción administrativa, y la seguridad jurídica en beneficio de los particulares y de la colectividad en general.

Concebido como medio de formación y de aplicación del derecho y aplicación al Estado, tiende a facilitar el cumplimiento de una actividad estatal, judicial o administrativa: el procedimiento, por consiguiente, está ligado a una perspectiva dinámica(4). Puede entonces hablarse de procedimiento en cualquiera de las funciones estatales: procedimiento legislativo, procedimiento judicial, procedimiento administrativo y, habría que agregar un procedimiento electoral en nuestro medio, aunque la caracterización de lo electoral como una función estatal distinta parece bastante difícil.

El profesor Jesús González Pérez lo considera como un concepto de la teoría general del derecho, válido tanto para el Derecho Público como para el Derecho Privado, y aplicable no solamente a los actos de autoridad, sino aun en los casos en que no se presente tal autoridad, p. ej. en relaciones civiles y mercantiles(5).

---

(4) *Acerca de la teoría de la formación del derecho por grados, véase MERKL, A.: "Teoría General del Derecho Administrativo", Madrid, 1935, cap. XV, especialmente las págs. 277 y ss. También las consideraciones que hace LANGROD acerca de la teoría de Merkl y de sus aplicaciones en los países del centro de Europa, sobre todo en Austria. Op. cit., págs. 20 y ss. Cfr. ISAAC, G.: "La Procédure Administrative Non Contentieuse", París, 1968, págs. 85 y ss.*

(5) *CONZALEZ PEREZ, J.: "Procedimiento Administrativo", Madrid, 1964, págs. 55 y ss. Del mismo autor: "Derecho Procesal Administrativo", T. 1o. págs. 48 y ss.*

El procedimiento es una forma, es una combinación de actos vinculados de tal manera que tienden hacia un fin, es teleológico. Para que exista procedimiento, según González Pérez, es necesario: a) que cada uno de los actos que lo integran conserven su individualidad; b) que la conexión entre los actos radique en la unidad del efecto jurídico; c) que los actos estén vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno suponga al anterior y el último a todos los anteriores. A la coordinación de estos actos se llama procedimiento. Dice: "Podemos definir el procedimiento con Carnelutti, como el tipo de combinación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados causalmente entre sí".(6).

## 5. PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

Este tema ha sido objeto de amplias preocupaciones doctrinales. Hay autores que consideran difícil señalar una distinción conceptual entre proceso y procedimiento. La noción de proceso tiene un origen medieval, y es muy empleada en Italia; procedimiento ha sido utilizado en Francia e Italia para designar a las obras consagradas al estudio de la materia. Señala el profesor Langrod que la noción latina "processus", empleado con o sin el aditamento del adjetivo "judiciarius", se encuentra en el derecho canónico de la edad media con referencia exclusiva al proceso seguido delante de los tribunales, llegando a ser sinónimo del procedimiento jurisdiccional(7). Actualmente se tiende a distinguir ambos conceptos: proceso y procedimiento no deben emplearse como sinónimos. Procedimiento equivale a formas externas, a trámites, a ritos. Proceso, en cambio, sugiere el sistema, la organización, las ideas elaboradas por los datos que la experiencia y la ciencia proporcionan. "Proceso es función y estructura, o sea vía jurisdiccional y procedimiento. Procedimiento es rito, cauce, conducto integrado por actos que se

ordenan a una finalidad jurisdiccional o no"(8). Proceso es el continente, procedimiento es el contenido, y "si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso"(9).

El procedimiento se relaciona con la noción de proceso, con la elaboración de las leyes, otorgación de concesiones, averiguación penal, fijación de salarios mínimos, redacción de testamentos, etc. "Dicho de otra manera, si el procedimiento es una forma, o una secuencia, si es una utilización, o un orden de actos, no por ello se limita a los procesales. Entonces el procedimiento ha de ser aprehendido en su naturaleza autónoma y no por el mero contraste con el proceso". (10).

Todo procedimiento persigue un fin jurídico y puede ser que éste coincida o no con el del proceso; pero es fundamental dejar claro que el procedimiento está integrado por actos, se trata de una conexión de actos y no de hechos ni de circunstancias. Además "El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo-vg. procedimiento incidental o impugnativo. Así, pues, mientras la noción de proceso es esencialmente teleológica,

(8) NAVA NEGRETE: *Op. cit.*, pág. 76.

(9) NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO: "Proceso, Autocomposición y Autodefensa", México, 1947, pág. 110.

(10) HUMBERTO BRISEÑO SIERRA: "El Proceso Administrativo Iberoamericano", UNAM, México, 1968, pág. 124. Señala FERNANDEZ RODRIGUEZ -en "La doctrina de los Vicios de Orden Público", Madrid, 1970, pág. 119- que "El Procedimiento administrativo, con ser también un "iter", un camino formal para llegar a un determinado resultado, cauce y forma de la función administrativa, no pretende garantizar la objetividad, neutralidad e independencia de la decisión, sino asegurar la realización de un fin público por la propia Administración con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia y dentro del respeto debido a los derechos e intereses de los administrados".

(6) GONZALEZ PEREZ, J.: "El Procedimiento Administrativo", pág. 57. Cfr. ANDRE DE LAUBADERE: "Traité élémentaire de Droit Administratif", 5a. ed., París, T. 1o. págs. 259 y ss. ZANOBINI, G.: "Curso de Derecho Administrativo", T. 1o. Buenos Aires, 1954, págs. 345. y ss.

(7) LANGROD, GEORGES: "Procédure Administrative et Droit Administratif", *Revue Internationale des Sciences Administratives*, (RISA), 1956, No. 3, págs. 76 y ss.

la de procedimiento es de índole formal”(11). Es posible, entonces, que tipos distintos de proceso puedan substanciarse por el mismo procedimiento y viceversa. Además, proceso y procedimiento presentan un carácter dinámico que se descubre en su misma raíz “*procedere*”: avanzar.

Para Gordillo, en la Administración, puede hablarse de procedimiento: a) en un concepto formal, entendido como una serie de actos; b) en un sentido teleológico, considerándolo como actos que tienden a que se dicte un acto administrativo. Afirma: “el término procedimiento administrativo tiene una ambivalencia y puede ser empleado tanto como una noción teleológica o como noción formal”(12). Creo que la ambivalencia, señalada por Gordillo, no es una característica exclusiva del procedimiento administrativo, por el contrario, puede encontrarse en los otros tipos de procedimientos. El procedimiento legislativo teleológicamente tiende hacia un fin: la producción del acto legislativo, la ley. La ley, formalmente, es el resultado de una serie de actos previos que constituyen el procedimiento de creación de las leyes, regulado en nuestra Constitución Política por el Capítulo V del Título VI de la norma fundamental. Pero la explicación de Gordillo es útil en cuanto facilita la distinción en el ámbito judicial.

Resumiendo: el concepto de procedimiento se caracteriza por ser autónomo, formal, instrumental, dinámico y teleológico, y sirve para el cumplimiento de una actividad estatal o no.

## 6. IMPORTANCIA DE LA DISTINCION ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Para algunos autores esta distinción no presenta una mayor importancia. Para nosotros, en cambio, ofrece la posibilidad de afirmar sobre ella, y en base a ella, la existencia e individualidad del proceso administrativo y del procedimiento administrativo. En este orden de ideas, Briseño Sierra sostiene que el proceso permite vincular a otro sujeto, a la parte, pero que en el procedimiento administrativo, los particulares intervienen como interesados, no como partes; el proceso se forma con acciones y con reacciones y con la sucesión

de instancias simples, considerando el proceso como una serie de actos proyectivos. Finalmente, afirma, que es en el proceso donde mejor se realizan las manifestaciones democráticas, las que no se dan en el procedimiento administrativo(13).

La tesis de Briseño es muy rica, y la distinción formulada adquiere una serie de matices; pero, posiblemente, por la misma naturaleza del tema que estudia, coloca el énfasis en lo contencioso, prescindiendo de las aportaciones señaladas por los estudiosos del procedimiento administrativo. En líneas generales, la postura de Briseño coincide con la actitud tradicional que hasta hace algún tiempo venían sosteniendo en varios países algunos autores-Francia- y sólo se explica por la absorción y fascinación que lo contencioso ha venido ejerciendo en detrimento de las garantías y medios de protección a los particulares “no contenciosas” (Ver *infra*. No. 10.2., donde se estudia la situación francesa).

Indudablemente es en el proceso administrativo donde se puede lograr una mayor democratización; pero entiéndase bien, se trata de una fase posterior a la emisión del acto. El procedimiento administrativo, en cambio, consigue esta democratización en las fases mismas de creación del acto, mediante la intervención que se concede a los particulares en algunas de sus etapas más importantes. Tanto la democratización como la intervención de los particulares constituyen principios fundamentales y fines que se propone lograr el procedimiento administrativo.

## 7. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

El procedimiento que se aplique a la actividad administrativa será entonces el procedimiento administrativo. Es este un concepto provisional que será objeto de mayores precisiones. Para nosotros, inicialmente, el procedimiento administrativo “es el conjunto de principios de formalidades previas a la producción del acto administrativo y que tienden a regularlo desde su iniciación, hasta el momento en que se dicta, su ejecución y los recursos a que da lugar en sede administrativa”. Desde luego, y como tendremos ocasión de verlo más adelante, el procedimiento administrativo no

(11) ZAMORA Y CASTILLO, A.: *Op. cit.*, pág. 111.

(12) GORDILLO: *Op. cit.*, pág. 24.

(13) BRISEÑO SIERRA: *Op. cit.*, págs. 131 y ss.

regula toda la actividad de la Administración, escapando a su regulación la actividad interna de la misma Administración, los hechos, la actividad técnica y los actos administrativos bilaterales en las fases de perfeccionamiento, cuando las voluntades de los contratantes se perfeccionan, pero las fases preparatorias para llegar a ese acuerdo sí son objeto del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo regula, pues, la elaboración de los actos administrativos, y dentro de los actos administrativos sólo los actos unilaterales y los bilaterales en sus fases preparatorias —ej., las formas y reglas de adjudicación, selección de contratistas— previas a su perfeccionamiento por el acuerdo de voluntades respectivo. Sayagués Laso, por el contrario, acoge una noción amplia al decir: “el procedimiento administrativo es el conjunto de trámites y de formalidades que debe observar la administración al desarrollar su actividad”(14).

La anterior afirmación de que el procedimiento que se aplique a la actividad administrativa es el procedimiento administrativo, si a primera vista resulta simple, ha sido sin embargo objeto de arduas discusiones. ¿Qué se entiende por actividad administrativa? Para obtener el concepto de Administración algunos recurren al concepto de función administrativa. El profesor Garrido Falla ha demostrado, en contra de esa solución, la imposibilidad de hablar de “una función administrativa” como de una cuarta función al lado de las tradicionales: legislativa, judicial y ejecutiva(15). Obtiene la noción de administración pública adoptando un criterio orgánico o subjetivo; parte de la teoría de la división de poderes de Montesquieu y sitúa la Administración en el seno del poder ejecutivo. Ahora bien, la Administración no es todo el poder ejecutivo, sino una parte de él; se trata de un complejo orgánico situado en el seno del poder ejecutivo y su actividad no es homogénea. El estudio de esa actividad constituye el objeto del

derecho administrativo. De aquí que afirmemos que el procedimiento que se aplique a esa actividad administrativa, y sólo a ella, será entonces el procedimiento administrativo.

Señala el profesor Garrido que el derecho administrativo es un fenómeno histórico que nace con el Estado de Derecho, vinculado a las ideas y principios de la revolución francesa, aunque reconociendo la existencia de algunas instituciones antiguas que hacen referencia a la Administración, pero que no constituyen Derecho Administrativo propiamente dicho, sino más bien simples precedentes históricos(16). En el mismo orden de ideas se expresa el profesor García-Trevijano, quien vincula el nacimiento del Derecho Administrativo al momento de la revolución francesa, expresando que “la fecha de nacimiento del Derecho Administrativo coincide con la Revolución Francesa y más concretamente con la Constitución del año VII”(17).

(14) ENRIQUE SAYAGUES LASO: “Tratado de Derecho Administrativo”, T.Io., págs. 161 y s., Montevideo 1959, 2a. ed.

(15) FERNANDO GARRIDO FALLA: “Tratado de Derecho Administrativo”, 5a. ed., Madrid, 1970, págs. 30 y ss. GONZALEZ PEREZ, habla de función administrativa al decir: “El procedimiento administrativo será por tanto, el procedimiento de la función administrativa”, Op. cit., pág. 58. Ver también SAYAGUES LASO: “Tratado...”

(16) GARRIDO FALLA, F.: Op. cit., págs. 37 y ss. Ver también y del mismo autor, “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”. Revista de Administración Pública (RAP) No. 7, 1952, págs. 11 a 50, donde trata el tema con mayor amplitud, y “Las transformaciones del Régimen administrativo”, Madrid, 1962, págs. 15 y ss.

(17) GARCIA-TREVIJANO, J.A.: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. 1o., pág. 144. Por otra parte, y entre otros, JEZE y GODNOW sostenían que el derecho administrativo se da en todos aquellos países que han adquirido un cierto grado de civilización para alcanzar los servicios públicos. PUGET, H. —en “Les institutions Administratives Etrangères”, Dallos, 1969, págs. 7 y ss.— considera que hay administración aun donde se presenta un rudimento de Estado. Un estudio sobre distintas posturas doctrinales en MEILAN GIL, J. L.: “Proceso de la definición del Derecho Administrativo”, C.F.P.F., Madrid, 1967.

Ver también el interesante estudio del profesor GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, “Revolución Francesa y Administración contemporánea”, Ediciones Taurus, 1972, en que ofrece una sugestiva visión de los antecedentes ideológicos y principales hechos de los revolucionarios franceses que incidieron en la conformación de la moderna administración pública, y como reacción a ese fenómeno la aparición del derecho administrativo. Del mismo autor: “Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statuario”, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1960, págs. 317 a 341. ANDRADE LABARCA NECTARIO: “Consideraciones sobre el concepto del Derecho Administrativo”, Revista de la Facultad de Derecho de Zulia, No. 6, 1962, págs. 5 a 13, divulga distintas posturas doctrinales.

Hemos dicho que a la par del procedimiento administrativo puede hablarse con toda propiedad de procedimiento en el ámbito legislativo y judicial, según se aplique un procedimiento a esas funciones, presentando entonces rasgos y características particulares: a través del procedimiento legislativo se logra la ley, a través del judicial la sentencia. Tanto en el procedimiento administrativo como en el judicial se requiere —y es efectiva— la intervención de los particulares, intervención que, en cambio, se encuentra sensiblemente aminorada en el procedimiento legislativo.

El profesor Gordillo habla de procedimiento administrativo en lo que respecta a organización interna, medios materiales y personales de los órganos legislativos y judiciales; reconoce que se trata de jerarquías diferentes a las de la administración, aunque dice: “con todo, los principios fundamentales a aplicarse son los mismos, y entendemos por lo demás que en presencia de normas específicas para el procedimiento de los órganos judiciales y legislativos, le son de aplicación analógica las existentes para el procedimiento administrativo de los órganos dependientes del Poder Ejecutivo”(18). Considera además el acto administrativo como parte de la función administrativa, criticando el concepto orgánico o subjetivo. para él, el acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa sin interesar para ello el órgano que ejerza dicha función, de allí la extensión y aplicación de estas ideas al procedimiento administrativo(19).

En nuestra opinión, no puede pretenderse que el procedimiento administrativo regule además las llamadas actividades administrativas de las funciones legislativas y judiciales, pues tales actividades no constituyen actividades administrativas propiamente dichas, y no son, ni pueden ser, objeto ni del Derecho ni del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo se aplica a la actividad administrativa que realizan los órganos de la Administración central, local e institucional. Conviene insistir, una vez más, en que los actos que regula son únicamente los actos administrativos propiamente dichos, excluyendo aquellos actos de la Administración que no están sujetos al régimen del derecho administrativo.

## 8. LA JURIDIZACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Toda Administración, cualquiera que ella sea e independientemente de su desarrollo y evolución, produce sus actos de acuerdo a una serie o sucesión de actos combinados entre sí y de algunas formalidades previamente establecidas. Tan cierto es que, en países en los cuales no existen leyes de procedimiento administrativo, los actos administrativos son dictados según algunas reglas de procedimiento-aunque éstas sean empíricas-siguiendo ciertas normas y hábitos dados por la costumbre, la rutina, y aún por la misma fuerza de la inercia que a menudo domina a los funcionarios, viniendo a ser, con el tiempo, más o menos obligatorias; o bien, y esto supone un mayor grado de juridización, según los criterios que va señalando la jurisprudencia de los tribunales comunes (países anglosajones) o de tribunales administrativos (caso de Francia); o bien por reglamentos dados por el ejecutivo, por normas de mayor valor formal, mediante leyes dictadas por los organismos legislativos, dando origen a las modernas codificaciones del procedimiento administrativo, ya sea en aspectos parciales o en su totalidad.

La etapa culminante de este movimiento de juridización que se da con las modernas codificaciones, es posible únicamente dentro de un régimen administrativo, con las ideas y elementos del “Estado de Derecho”, pues no son sino una expresión de un vasto movimiento de juridización del actuar administrativo, tendientes a eliminar o reducir el arbitrio administrativo y a introducir normas que constituyen verdaderas garantías para los administrados.

El procedimiento administrativo puede ser estudiado, además, desde el punto de vista de la ciencia de la administración, pero el que nos interesa aquí —el ángulo jurídico— únicamente puede ser concebido en un “Estado de Derecho”, al requerirse el sometimiento de la Administración

(18) GORDILLO: *Op. cit.*, págs. 29 y s.

(19) Para una exposición más amplia de sus ideas sobre la función administrativa, ver su libro “El Acto Administrativo”. 2a. ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, págs. 29 a 48. Ideas parecidas sostiene GARCIA-TREVIJANO en *op. cit.*, págs. 135 y ss. Una crítica sobre esas pretendidas actividades administrativas de lo legislativo y lo judicial en GARRIDO FALLA, “Tratado . . .”, págs. 38 a 47, especialmente las notas al pie de página.



al Derecho. Se observa, últimamente, una tendencia universal de protección a los particulares frente al creciente intervencionismo administrativo; esta tendencia debe ser comprendida junto a otras figuras como el ombudsman, médiateur, comisario parlamentario etc. a las que ya nos referimos suscitadamente.

Hemos señalado que el procedimiento administrativo puede también ser estudiado desde una perspectiva no jurídica, desde el punto de vista de la ciencia de la Administración. En este sentido el procedimiento administrativo ha sido calificado por González Navarro como un tema de encrucijada, pues en él confluyen ciencias diversas. "En este caso, ciencias jurídicas, como el Derecho procesal, el administrativo y el financiero, interseccionan con ciencias no jurídicas, como la llamada Técnica de Organización y dirección, la llamada Sicosociología administrativa y la Administración de Personal. De aquí que ni siquiera baste decir —aún siendo fundamentalmente exacto— que el procedimiento es un concepto de Teoría general de Derecho"(20).

Se comprende entonces que, al estar ligada la noción de procedimiento a criterios de eficacia, pueda ser trasladada a la administración, pues ella sigue también los criterios de racionalización aplicables a todo procedimiento al reunir caracteres de estabilidad, obligatoriedad y fijeza. La Administración pretende la eficacia, y al adoptar un procedimiento persigue obtener los mejores resultados con el ahorro de tiempo, costos y movimientos. Pero el procedimiento que adopte estará sujeto, en mayor o menor medida, al Derecho, y en este sentido el procedimiento administrativo juridiza la actividad administrativa. Se puede decir que "El procedimiento administrativo es, por tanto, jurídico en cuanto implica el sometimiento al principio de legalidad. Obliga a la Administración a seguirle y suministra garantías, defensas a los particulares"(21).

(20) GONZALEZ NAVARRO, FRANCISCO: "La Prueba en el Procedimiento Administrativo" en *Procedimientos Administrativos Especiales*, Vol. 2o. E.N.A.P., 1969, pág. 21. Cfr. CATALDI GIUSEPPE: "Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici", Milán, 1967, especialmente págs. 173 y ss.

(21) MARTIN MATEO, RAMON: "Manual de Derecho Administrativo", Madrid, 1970, pág. 318.

Los actos, pues, que dicta la Administración, deben serlo de acuerdo a un procedimiento previamente establecido. La existencia de un procedimiento administrativo se impone hoy, en nuestra opinión, como una de las exigencias del moderno Estado social de Derecho, como uno de los medios adecuados de protección a los particulares, junto a la existencia de una jurisdicción administrativa que, en lugar de contraponérsele, lo complementa.

## 9. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LO JURISDICCIONAL.

Cuando la Administración decide un recurso administrativo que le ha sido planteado, la decisión constituye un acto jurisdiccional. Esta facultad de decisión jurisdiccional constituye una competencia normal, propia de la Administración, y no hay necesidad de recurrir a otras ideas para explicarla. Es por ello que se afirma que la actividad administrativa no es homogénea. Igual cosa puede decirse de la potestad reglamentaria de la Administración; desde el punto de vista substancial, es una actividad normativa. Ahora bien, estos actos normativos jurisdiccionales, precisamente por emanar de la Administración, tienen valor jurídico de actos administrativos; es decir, no son formalmente leyes ni sentencias.

Algún sector de la doctrina ha entendido que, entre la noción de "proceso" y la función "jurisdiccional", existe una completa identidad; pero lo jurisdiccional puede darse a través de cualquier otra forma que no sea el proceso. Ahora bien, es en el campo procesal donde la noción de proceso se ha elaborado originalmente, pero muchos de los caracteres jurisdiccionales pueden darse en el seno de la misma administración, y es posible y admisible, hablar de jurisdicción, de actos jurisdiccionales en la misma Administración. Haciendo referencia a los aportes hechos desde el campo procesal, Langrod considera al procedimiento administrativo como un fragmento del procedimiento jurídico general, señala que en los distintos derechos procesales hay puntos comunes y principios generales, que han sido estudiados por grandes procesalistas, especialmente por la doctrina alemana con la "teoría de la relación procesal", según la cual se establece un lazo de carácter temporal entre órganos y partes; este lazo abre la posibilidad de otras investigaciones de procedimientos extra-judiciales; limitar toda concepción procesal al cuadro

de la justicia, al proceso jurisdiccional, "C'est sacrifier le normal au pathologique: le procès devant la justice est réellement un phénomène "pathologique" dans le sens, que toute affaire qui y passe doit être "malade" sous un aspect ou un autre" (22).

Si bien los aportes desde el campo procesal son considerables, no puede admitirse que el derecho procesal se identifique con el derecho de la función jurisdiccional; no hay una identificación entre los conceptos "jurisdiccional" y "procesal" (23), salvo que su uso y utilización sean admitidos convencionalmente.

Existen, desde luego, analogías entre lo "judicial" y lo "administrativo" (competencia, recusa-

ción, abstención, etc.) cuyos principios son comunes a ambas disciplinas; otro ejemplo sería la consideración jurídica de las partes: capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación en causa, postulación, etc. A la acumulación de acciones en el derecho procesal corresponde la acumulación de expedientes en lo administrativo. A las providencias, autos y sentencias judiciales corresponden los proveídos, acuerdos y resoluciones administrativas. La intervención de las partes en el proceso judicial tiene un paralelo con la audiencia del interesado y del derecho de información en los expedientes administrativos. En lo administrativo se encuentran también medios de prueba, notificaciones y recursos. Todas estas analogías se explican, pues el procedimiento no ha sido objeto de estudio por parte de una teoría general, y cada disciplina ha tenido que hacer sus veces; la ciencia del derecho procesal judicial se ha adelantado a todas, "Ella es la que nos ha proporcionado los instrumentos de su depurada técnica, que permiten elaborar una teoría del procedimiento administrativo que sin ellos tal vez no hubiera nacido" (24).

Royo Villanova, siguiendo a Spiegel dice que una persona puede bien no verse envuelta en procedimientos civiles o criminales, pero que difícilmente escapa al administrativo. Lo civil y lo penal pertenecen a la patología, lo administrativo y la jurisdicción voluntaria a la fisiología y la higiene que tienen interés para todos (25). Langrod

(22) LANGROD, G.: *Op. cit.*, pág. 70. ISAAC, G.: *Op. cit.*, pág. 103 —sostiene la unidad de la noción de proceso jurídico común a todas las ramas del derecho, el cual se exterioriza por teorías y acciones generales comunes—. ROYO VILLANOVA, SEGISMUNDO: "El procedimiento Administrativo como Garantía jurídica". *Revista de Estudios Políticos*, (R.E.P.), No. 48, págs. 55 a 118. LOPEZ NIETO Y MALLO, FRANCISCO: "El Procedimiento Administrativo", Barcelona, 1960, pág. 24.

(23) GARRIDO FALLA, F.: —en *Op. cit.*, págs. 41 y ss., nota 27— apunta que lo jurisdiccional puede darse y hubo épocas históricas en que se dió, por otras instituciones distintas al proceso. ZANOBINI, GUIDO: —en "Curso de Derecho Administrativo", T.1o., Buenos Aires, 1954, págs. 346 y ss. —señala que el procedimiento administrativo difiere del judicial. GUAITA, AURELIO: —en "Derecho Administrativo Especial", T.1o., 1969, págs. 148-149 dice: "Como es sabido, la Administración resuelve controversias entre partes y recursos (administrativos), lo que implica evidentemente ejercer funciones jurisdiccionales a pesar de la pretensión de que tales funciones sean exclusivas de los tribunales de justicia". Ver GARCIA-TREVIJANO, J.A.: *Op. cit.*, T. 2o., pág. 385. Hay quienes como PARADA VAZQUEZ, JOSE R., —en "Privilegio de la decisión Ejecutoria y Proceso Contencioso", R.A.P., No. 35, 1968— opina que la explicación se encuentra en el abandono de la teoría del Ministro-Juez, "Puede decirse, por ello, que el precio que la Administración ha exigido para dejarse enjuiciar definitivamente por los tribunales integrados en el poder judicial e independientes del Gobierno, será precisamente éste de hacerse reconocer a sí misma potestades judiciales" (Pág. 106).

(24) ROYO VILLANOVA, S.: *Op. cit.*, pág. 61. DEBBASCH, CHARLES: —en "Institutions Administratives", París, 1966, pág. 216— señala que el proceso contencioso-administrativo se ha inspirado en el civil, sobre todo en lo que se refiere a la protección de los particulares, pero que el procedimiento seguido ante la administración activa a su vez ha inspirado al contencioso-administrativo (ej., recepción de escritos, plazos, iniciativas, etc.). Cfr. DEBBASCH, C.: "Procédure Administrative Contentieuse et Procédure Civile", L.G.D.J., París, 1962.

(25) GARRIDO FALLA, F.: opina que la jurisdicción voluntaria no es objeto del estudio del Derecho Administrativo: ver *op. cit.*, págs. 41 y ss., nota 27. En cambio, GARCIA-TREVIJANO, J. A. —*op. cit.*, T.1o., pág. 136 —entiende que puede hablarse de una función administrativa del poder Judicial y que sus actividades serían la llamada jurisdicción voluntaria.

sostiene que el procedimiento civil es un fenómeno patológico, pero que el procedimiento administrativo es en principio un fenómeno normal no patológico, y debería más bien ser comparado a la actividad jurídica del individuo(26).

El procedimiento administrativo surgió a influjos del procedimiento judicial, como un efecto de la tendencia del Estado de Derecho a asemejar la administración a la justicia. El procedimiento judicial ha sido una guía y fuente de inspiración para el nacimiento y desarrollo del procedimiento administrativo, fenómeno desde luego comprensible y explicable dada la antigüedad y alto rango del procedimiento judicial. Si bien entre ambas ciencias se dan tantos puntos de coincidencia y analogías, la autonomía del procedimiento administrativo —al encontrar su justificación y razón de ser en sí mismo— ofrece muy pocas dudas.

#### 10. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO—DIFERENCIAS—ENFOQUES CONTENCIOSOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Existe una unidad fundamental de todos los procesos jurisdiccionales: civil, penal, mercantil, laboral, administrativo y constitucional(27). Para

(26) LANGROD, G.: *Op. cit.*, p. 71.

(27) De esta identidad parte DANTE BARRIOS DE ANGELIS —en “Teoría del Proceso Administrativo y Constitucional”, —colaboración a la obra colectiva “Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, (Homenaje a Enrique Sayagués Laso), Madrid, 1969 (5 volúmenes) —T.V., págs. 639 a 667— para formular una interesante teoría del proceso administrativo y constitucional, haciendo notar que la expresión proceso constitucional es relativamente nueva y es una aplicación de la teoría general del proceso. Ver GRAU ARMANDO EMILIO: “La razonabilidad en el Procedimiento Administrativo”, *Revista de Ciencias Administrativas*, No. 27, 1968, págs. 23 a 36, trabajo presentado en el XIV Congreso Internacional de Ciencias Administrativas en Dublín, septiembre 1968— quien dice (antes de que se dictara la Ley de Procedimiento administrativo argentina del 27 de abril de 1972) que lo consideraba reglado en el orden administrativo federal, por medio de leyes o reglamentos; son algunas “instituciones procesales especiales, las cuales componen el tipo de “procedimiento de impugnación de actos de particulares” (pág. 26). Confunde el procedimiento con lo procesal. El procedimiento administrativo, hemos dicho, no es un proceso.

González Pérez, el objeto del derecho procesal es el proceso; el del procedimiento es ser cauce y forma de la actividad administrativa. El derecho procesal administrativo estudia el proceso administrativo; el procedimiento administrativo estudia la actividad administrativa; cada uno tiene su objeto de preocupación científica propio, lo cual les da un contenido distinto(28). Hay quienes han vinculado al derecho procesal el procedimiento y han hablado de un derecho procesal administrativo, que comprendería el proceso administrativo y el procedimiento administrativo. Por ejemplo, Nava Negrete considera que en el “Derecho Procesal Administrativo cabe hablar de proceso y procedimiento, quienes participan de la teoría general del proceso”. Desde luego, esta concepción es criticable, al ser proceso y procedimiento dos cosas distintas(29).

(28) GONZALEZ PEREZ prefiere hablar de Derecho Procesal Administrativo: *op. cit.*, págs. 70 y ss. Además, así llama a una de sus obras: ver “Derecho Procesal Administrativo”. En el mismo sentido, GORDILLO, A.: *op. cit.*, pág. 25. BARRIOS DE ANGELIS, DANTE: *op. cit.*, págs. 645 y ss. —prefiere hablar de proceso administrativo pues en lo “Contencioso Administrativo” hay una elipsis y es redundante. Otros prefieren llamarle “Proceso Contencioso so-Administrativo”, o simplemente “Contencioso-Administrativo”, siguiendo su origen francés; dan como argumento que con ese nombre la doctrina identifica inmediatamente el problema. Entre otros BRISEÑO SIERRA: *op. cit.*, págs. 191 y ss. BERCAITZ, M. A.: *op. cit.* —emplean la expresión “contencioso-administrativo”. LOPEZ NIETO Y MALLO, F.: *op. cit.* pág. 32 y ss.

Otros critican la denominación “contencioso-administrativo” por inadecuada y recomiendan “proceso-administrativo” por ser el más extendido en las legislaciones. Por ejemplo, SARMIENTO NUÑEZ: “El Procedimiento Contencioso-Administrativo en la Corte Suprema”, *Rev. de la Facultad de Derecho*, Zulia, Venezuela, No. 16, págs. 81 a 94, especialmente 84.

En todo caso, en nuestro ordenamiento jurídico se ha preferido utilizar la expresión “contencioso administrativo” y en esos términos se expresa la Constitución Política en los artos. 303 y 304. Así el arto. 303 comienza: “Habrá un Tribunal de lo Contencioso Administrativo . . .” haciendo especial énfasis en el objeto o contenido de esta jurisdicción.

(29) NAVA NEGRETE: *op. cit.*, pág. 76. En el mismo sentido CARMONA ROMAY, VILLAR y ROMERO, etc.

El procedimiento administrativo no es un simple presupuesto de la acción judicial que posteriormente pueda plantearse ante los tribunales contenciosos administrativos; antes, por el contrario, tiene su propia autonomía, “... el procedimiento administrativo no es un mero requisito formal que deba cumplir el particular o la administración antes de pasar a la justicia el asunto, sino que debe funcionar como un medio autónomo de revisión de los actos administrativos, sin que haya que influir en su modo de funcionamiento, en cuanto a dicha resolución administrativa se refiere, la existencia del recurso judicial posterior” (30). Su objeto no es ser una simple antesala o vestíbulo de la función jurisdiccional administrativa. Por otra parte, el procedimiento administrativo no admite tampoco comparación con la etapa de conciliación del proceso ordinario que existe obligatoriamente en algunos ordenamientos jurídicos ej. España.

El procedimiento administrativo es previo, sin su existencia no puede darse el proceso administrativo, así, para impugnar un acto, éste debió antes dictarse bajo ciertas circunstancias y requisitos mínimos, regulados por el procedimiento administrativo. Ahora bien, ambos caminos no son excluyentes, sino que, como señala López Nieto y Mallo, vienen a ser “dos vías, caminos, o procedimientos distintos y necesariamente sucesivos, esto es que donde termina el uno empieza el otro”(31).

En Alemania algunos han considerado que se tratan de dos vías abiertas a los ciudadanos de

manera alternativa, pudiendo elegir entre ellas. Kniesch considera que establecer el procedimiento administrativo como previo constituye una intromisión de lo ejecutivo en lo judicial. Claseb lo contradice, afirmando que el procedimiento administrativo es una actividad puramente administrativa, por más que se asemeje a lo judicial; igual criterio sostiene Ule. Bettermann dice que lo contencioso administrativo no es una continuación del procedimiento, lo que sí se da en lo económico-administrativo, pero no en lo contencioso general y social. Lo procesal y lo procedimental administrativo se encuentran situados paralelamente, y la continuidad de ambos es cronológica. Bettermann considera superfluo lo procedimental administrativo, pues opina que lo contencioso administrativo, ofrece suficientes garantías para los particulares, cuya consecuencia sería la eficacia administrativa.

Por otra parte, según el criterio de Bettermann, los objetivos del procedimiento administrativo son: a) aliviar de trabajo a la jurisdicción; b) proteger a la administración contra una resolución precipitada de una autoridad administrativa inferior; y, c) proteger los derechos del ciudadano. Otros opinan que lo contencioso administrativo sólo puede iniciarse hasta que se ha agotado el procedimiento administrativo.

De Alemania, se dijo, incluso, que hay una relativa desvalorización de los estudios de lo contencioso por tratarse de un medio de control esporádico y a posteriori, que no siempre está al alcance de los ciudadanos por dificultades de todo orden —económicas y culturales especialmente—; en este sentido, el procedimiento administrativo puede aportar algún remedio a esa situación(32).

El derecho procesal administrativo y el procedimiento administrativo son ciencias autónomas, cada una tiene su propio objeto de estudio. El procedimiento administrativo puede darse sin necesidad de un proceso administrativo sucesivo; pero no puede darse el proceso administrativo sin la previa existencia de un procedimiento administrativo, ya que —repetimos—, para impugnar un acto administrativo en vía contenciosa, debió haber sido

(30) GORDILLO: *op. cit.*, pág. 39. GONZALEZ PEREZ: “Los Recursos Administrativos”, 2a. ed. pág. 40. PARADA VAZQUEZ, J.R.: *op. cit.*, pág. 67 —dice: “El proceso contencioso no tiene por qué ser, como es prácticamente ahora, un proceso de apelación”.

(31) LOPEZ NIETO y MALLO: *op. cit.*, pág. 32. LAUBADERE: *op. cit.*, pág. 261 —sostiene que ni las reglas ni los principios señalados por la jurisprudencia contencioso-administrativa se aplican directamente al procedimiento administrativo. “Mais certaines préoccupations étant communes aux deux procédures (p.ex. l'idée de permettre à l'administré, comme au justiciable, de défendre ses intérêts, l'exigence d'impartialité, la jurisprudence s'inspire sur certains points et dans une certaine mesure de principes contentieux qu'elle transpose sans être, ici, liée par eux”.

(32) Ver NIETO, ALEJANDRO: “El Procedimiento Administrativo en la Doctrina y en la Legislación Alemana”, R.A.P., No. 32, 1960, págs. 36 y ss.

dictado previamente de acuerdo a un procedimiento administrativo. Por otra parte, el procedimiento administrativo tiende a que se dicte un acto señalando el camino, la forma de hacerlo. El contencioso, una vez que el acto tiene carácter definitivo en sede administrativa, tiende a dejarlo sin efectos. El procedimiento administrativo es sencillo, no presenta grandes exigencias, se caracteriza por su antiformalismo en aras de la celeridad y de la eficacia; el contencioso, aunque con características particulares, tiende a seguir los lineamientos del proceso judicial y es mucho más complicado.

Ule considera que existe una íntima relación entre proceso administrativo y procedimiento administrativo, y dice: **“Cuanto menos formalmente esté organizado el procedimiento administrativo, cuando menos garantías ofrezca a los particulares, tanto más rigurosamente ha de ser constituido el proceso contencioso; pero si el procedimiento administrativo ofrece, por el contrario, la garantía suficiente de que el objeto discutido puede ser justamente fijado y valorado, puede renunciarse a una organización de la jurisdicción administrativa basada en varias instancias”**(33).

**10.1. Diferencias.**— Podemos señalar las siguientes diferencias:

- 1o.) La vía administrativa pretende provocar que se dicte un acto; la vía procesal no se da si previamente no existe tal acto.
- 2o.) El procedimiento administrativo es sencillo, lo contencioso complejo.
- 3o.) Los órganos llamados a resolver en la vía administrativa pertenecen a la misma Administración, los contenciosos son tribunales independientes.
- 4o.) Las resoluciones en vía administrativa se llaman proveídos, decretos, resolucio-

nes, disposiciones que en ciertos casos no necesitan ser razonadas; en lo contencioso se habla de providencias, autos y sentencias que necesitan ser razonadas con resultados de hecho y consideraciones jurídicas.

- 5o.) La regla del tracto procesal, que es esencial al proceso, no tiene aplicación en el procedimiento administrativo, es decir que la invalidez de un acto no implica la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes de él; conservan, por consiguiente, su validez los actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse producido esa nulidad.

Puede añadirse que el procedimiento administrativo difiere del judicial, no sólo por la diferente naturaleza de los actos que lo componen y del final que lo corona, sino además, por la gran variedad de extensión y elementos que corresponden a la variedad del contenido y estructura de los actos administrativos contrastando con la relativa uniformidad del procedimiento jurisdiccional(34).

En cuanto a la tercera diferencia, hay que señalar que esa afirmación es válida para España, donde los tribunales de lo contencioso-administrativo están ubicados en el poder judicial y gozan de independencia. En cambio, en otros sistemas (Francia) los tribunales de lo contencioso están en la misma administración. Para Hauriou, la función jurisdiccional del Conseil d'Etat es una sagaz construcción del régimen jurídico administrativo mediante la que se lograba la creación de un juez que, estando en la Administración, no es la Administración(35). Ahora bien, caso de desa-

(34) ZANOBINI: *op. cit.*, pág. 349.

(35) Citado por GARRIDO FALLA: “tratado . . .”, T.1o., pág. 43. Un estudio comparativo en PUGET, H.: *op. cit.*, toda la segunda parte relativa a “Les recours et les juridictions en matière administrative à l'étranger”, págs. 175 a 264, donde estudia los sistemas anglosajones y los distintos sistemas continentales europeos. WEIL, PROSPER, “El Derecho Administrativo”, Taurus, Madrid, 1966, págs. 22 y ss. —habla también de una juridización dentro de la administración. GONZALEZ PEREZ— “Derecho Procesal . . .”, T.1o. págs. 191 y ss.—con referencias a la problemática latino-americana, estudia al amparo mexicano y nicaragüense conjuntamente. BRISEÑO SIERRA; *op. cit.*, in totum.

(33) Cita tomada de NIETO: *op. cit.*, pág. 91, de la obra de ULE “*Verwaltungsprozessrecht*”, München, 1960, pág. 15. En igual sentido, BETTERMANN dice que “a mayor y mejor jurisdicción contencioso-administrativa ha de corresponder menos forma judicial en la administración, menos procedimiento administrativo previo, menos instancias administrativas”, NIETO, pág. 92, tomada de “*Das Verwaltungsverfahren*” (pág. 168).

rollarse las disposiciones constitucionales contenidas en los artos. 303 y 304 Cn., la situación en Nicaragua sería similar a la de España pues contaríamos con una jurisdicción administrativa especializada ubicada dentro del poder judicial. La sola consagración constitucional ha implicado una toma de posición, por parte del legislador constitucional, por uno de los sistemas de organización de lo contencioso-administrativo más en boga en el derecho comparado, la cual parece más acorde con nuestra tradición jurídica nacional, que si se hubiera optado por el sistema francés cuya evolución jurídica-política explican su organización particular.

## 10.2. Enfoques contenciosos del Procedimiento Administrativo.

A pesar de las diferencias y puntos de coincidencia señalados, se encuentran enfoques del procedimiento administrativo bajo un ángulo contencioso, tal y como venía ocurriendo hasta hace poco en Francia. No es sino hasta con los trabajos pioneros de Langrod, y más tarde con los de Auby e Isaac, que se estudia el procedimiento administrativo como algo autónomo, reaccionando contra esos enfoques contenciosos.

Langrod, en su artículo tantas veces mencionado, señaló la existencia de una "verdadera fascinación" de lo contencioso en detrimento de los estudios del procedimiento administrativo, utilizando la expresión "*procédure administrative*". Auby consideró además que cabía perfectamente un estudio jurídico de la emisión del acto, añadiendo el calificativo "*non contentieuse*" para evitar confusiones con el proceso administrativo. La denominación "*procédure administrative non contentieuse*" se ha generalizado entre los autores de lengua francesa para designar el procedimiento administrativo(36). Otro sector de la doctrina ha señalado la insuficiencia del control jurisdiccional como medio de protección a los particulares,

pues se trata de un control "*après-coup*"(37). En este sentido Weil sostiene que en el derecho francés la protección del ciudadano se busca a través del control a posteriori de la acción administrativa por el juez, especialmente por el juez administrativo, y que el procedimiento administrativo tiene muy poca importancia comparado con el procedimiento administrativo contencioso y los recursos contenciosos(38).

Una explicación a esa "fascinación" que ejerce lo contencioso puede encontrarse en el hecho de que la jurisdicción administrativa en Francia está organizada a imagen de la jurisdicción ordinaria (pese a su ubicación en el seno de la misma administración) y también al dominio teórico que lo contencioso ejerce sobre el procedimiento administrativo. Con todo, se han dado algunas aproximaciones a la noción misma del procedimiento administrativo —aunque sea parcialmente— pero desde el ángulo jurisdiccional como "vicios del procedimiento", vicios de forma, situación que ha repercutido en la doctrina, y autores como Waline, Vedel y Rivero estudian el procedimiento desde una perspectiva contenciosa.

En cambio otro sector considerable de la doctrina (Hauriou, Letourner, Laubadère, Auby) analiza el procedimiento administrativo como algo en sí mismo. Esta tendencia ha adquirido recientemente un impulso notable gracias a las construcciones jurisprudenciales del Conseil D'Etat, y a las consideraciones doctrinales modernas como las de

(36) LANGROD: *op. cit.*, pág. 29. AUBY, JEAN MARIE: "*La procédure Administrative Non contentieuse*" *Chronique Dalloz*, 1956, págs. 27 a 32. Siguen la denominación de Auby, entre otros: LAUBADERE; "*Traité . . .*" T.1o., pág. 261; ISAAC, así titula su obra; DEBBASCH: "*Droit Administratif*", París, 1971, 2a. ed. págs. 323 y ss.; BRAIBANT GUY: "*Le droit Administratif Français*", París, 1972, fascículo 2o., págs. 365 y ss.

(37) RIVERO, JEAN, con mucha ingeniosidad hace esas consideraciones en: "*Le Huron au Palais Royal ou Réflexions naïves sur le Recours par Excès de Pouvoir*", *Chronique Dalloz*, 1962, págs. 37 a 40, TOURDIAS —en "*Le Tribunal Administratif, Juge de Droit Commun en matière Administrative depuis 1954*", J.C.P. (*Semaine Juridique*) —habla de la reforma de lo contencioso que pretendía acelerar, democratizar y desconcentrar, sobre todo, lo contencioso-administrativo.

(38) WEIL, P.: *op. cit.*, pág. 86. DEBBASCH, C. —"*Institutions administratives*" pág. 233— después de señalar algunos defectos de la jurisdicción contencioso-administrativa, dice que resultan del hecho de que se ha dejado cegar por la perspectiva de un recurso contra la decisión administrativa "*au lieu d'organiser la protection des administrés au stade de la prise de la décision administrative*"

Isaac. Isaac reacciona contra la absorción que lo contencioso ha ejercido tradicionalmente en detrimento del procedimiento de la actividad administrativa, haciendo hincapié en las garantías administrativas proclamadas en los primeros años de la revolución francesa y que algún autor, como Rivero, califica de “edad de oro” de las garantías previas(39). Finalmente Isaac llega a plantear la posibilidad y conveniencia de un código de procedimiento administrativo en aquél país(40).

En algunos sistemas, especialmente los anglosajones, la relación entre procedimiento administrativo y contencioso administrativo se presenta aún más claramente y el procedimiento administrativo suele presentarse como “quasi-contencioso”. Sin embargo en los Estados Unidos existe, y puede hablarse con toda propiedad, de una ley de procedimiento administrativo. Aunque este país no tiene un régimen de Derecho Administrativo propiamente dicho —en el sentido continental europeo— cuenta con una ley de procedimiento administrativo: la “Federal Administrative Procedure Act” (41).

Por otra parte, dentro de la literatura jurídica europea resulta particularmente interesante la situación legal existente en Austria, que aunque participa de la cultura jurídica alemana, ha insistido especialmente en los aspectos procedimentales de

la actividad administrativa. Contrasta notablemente con la situación francesa, donde el centro de gravedad de las garantías de los particulares se prefiere situar en las fases mismas en que se desarrolla la actividad administrativa. El control jurisdiccional pasa a un segundo plano. No existe esa fascinación por lo contencioso. Y así, “Austria ofrece el extraño ejemplo de una literatura jurídica dedicada al procedimiento administrativo mucho más abundante y rica que la dedicada al procedimiento contencioso-administrativo”(42).

## 11. CONTENIDO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

De una manera muy general, habíamos señalado que el procedimiento aplicable a la actividad administrativa era el procedimiento administrativo, noción provisional que requiere mayores precisiones.

En primer lugar, el procedimiento administrativo es externo y excluye por lo tanto, las actividades administrativas internas, actividades técnicas, etc. que no trascienden al administrado (ej. caso de Polonia en su Ley de 1960). Por su carácter externo, regula las relaciones entre la administración y el administrado, o bien entre la administración y otro sujeto de derecho —ej. de la administración descentralizada—. Partiendo de esta postura, en principio el procedimiento administrativo excluiría las reglas de competencia y de organización administrativa, sin embargo hay casos en los cuales la distinción no es muy clara y debe, por consiguiente, estudiarlas(43). Así respecto a las reglas de organización: a) cuando se refieren a la organización de tutela y jerarquía, en la medida en que puedan afectar la actividad de los órganos administrativos y además a la organización y planteamiento de los recursos administrativos; b) referente a los órganos colegiados, interesan las reglas de constitución, organización, funcionamiento y decisiones que toman; c) las delegaciones y avocaciones, sus finalidades y reglas.

(39) RIVERO, J.: “Le système français de protection des administrés contre l'arbitraire administrative à l'épreuve des faits”, *Mélanges Dabin*, Bruselas, 1963, T.2o. págs. 80 y ss.

(40) ISAAC: op. cit., págs. 685 y ss. LAUBADERE —en “Traité . . . ” T.1o., pág. 260— considera que el problema de la codificación del procedimiento administrativo no es más que un aspecto del problema aún más amplio de la codificación del Derecho Administrativo.

(41) Ley de 11 de junio de 1946 (60 stat, 237, 5 U.S. CA. 1001, Public Law 404, 79th. Congress). Ley que fue modificada en 1964. Conforme una recomendación del Presidente Kennedy, se crea la “Administrative Conference of the United States”, la que comenzó verdaderamente sus labores hasta 1968. Este consejo juega un papel de Ombudsman federal y estudia las cuestiones procedimentales, gozando de una gran independencia, dependiendo su nombramiento del Congreso.

(42) NIETO, A.: “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”, R.A.P., No. 37, 1962, pág. 108.

(43) ISAAC: op. cit., págs. 159 y ss. DEBBASCH, C: op. cit., págs. 324 y ss. BRAIBANT, G.: Op. cit., 2o. fascículo, págs. 366 y ss.

Las reglas de competencia, en principio, están excluidas del procedimiento administrativo; sin embargo, hay casos en los cuales resulta muy difícil diferenciar una regla de competencia de una regla de procedimiento administrativo. Así, en las co-decisiones por dictámenes, cuando el dictamen es o no vinculante, aunque encierran reglas de competencia, forman parte del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo regula, única y exclusivamente, la actividad administrativa que se expresa mediante actos administrativos. Quedan excluidos, por consiguiente, de su contenido, los hechos y las actividades técnicas, y además los actos de la administración que tienen un carácter jurídico privado (civil, mercantil o laboral), actos que no están sujetos a la regulación del derecho administrativo (ej. la codificación yugoslava de 1965). Aurelio Guaita dice al respecto: "... la ejecutividad, puede y debe predicarse de los actos administrativos, no de los restantes actos de la Administración, no indiscriminadamente de todos los actos de la Administración, pues está bien claro que un acto jurídico-privado (civil, mercantil o laboral) de la Administración, ni se presume válido ni es ejecutivo"(44). Además la presunción —*iuris tantum*— de validez o presunción de legitimidad, la ejecutividad y la acción de oficio, es decir las prerrogativas de que goza la administración únicamente se dan respecto a los actos administrativos y son manifestaciones del principio de autotutela administrativa.

El procedimiento administrativo tampoco regula los actos bilaterales y los contratos administrativos, pero sí son objeto de su estudio las fases previas al acuerdo de voluntades, antes de que se

perfeccione el acto —licitaciones, modos de adjudicación, etc.— En realidad, estos actos bilaterales de la administración están sometidos a normas distintas de las que regulan el procedimiento administrativo. La creación de los actos bilaterales, su competencia, formalidades de perfeccionamiento, etc. son diferentes y por lo tanto deben ser estudiados aparte. Gordillo, en cambio, incluye los contratos administrativos. Es notable la coincidencia entre la postura de Gordillo y la doctrina alemana; Bachof, Frochler y Ule, al examinar un primer texto sobre el proyecto de procedimiento administrativo alemán de 1963, se pronunciaron unánimemente por la inclusión del tema de los convenios públicos en el capítulo cuarto de dicho proyecto (45).

Respecto a los actos bilaterales y los contratos administrativos, la primera fase de ellos —en la que aún no han intervenido otras voluntades para perfeccionarlos— pueden sí ser objetos de la regulación del procedimiento administrativo; pero haciendo la salvedad (repetimos) que sólo en aquellas fases en que la administración actúa unilateralmente; pues la intervención de otras voluntades para perfeccionarlos nos lleva al ámbito de las relaciones bilaterales administrativas, ej. licitaciones, expropiaciones, contratos, etc.

El procedimiento administrativo regula la producción de los actos administrativos unilaterales: actos administrativos stricto sensu y reglamentos, desde su iniciación hasta el momento en que se dictan; los medios por los que son dados a conocer (mediante las formas de publicidad), su ejecución y los recursos a que da lugar en sede administrativa, y las fases previas de los actos bilaterales, cuando aún no han intervenido las voluntades de los contratantes para perfeccionarlos.

Hay autores que excluyen la ejecución del acto del contenido del procedimiento administrativo

(44) GUAITA, A.: "La revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo", Madrid, 1964, pág. 53. Cfr. GARRIDO FALLA, F.: "Tratado . . .", T.1o., págs. 547 y ss. STJEPANOVIC, N. en "Principi Fondamentali della Procedura Amministrativa in Jugoslavia", perspectivas, T.Vo., págs. 619 a 638 —dice que la ley de procedimiento yugoslava excluye de su regulación: "1o.)gli atti materiali e le operazioni degli organi dell'amministrazione statale; 2o.)i contratti e le altre pratiche di diritto civile cui partecipano delli organi, e 3o.)le disposizioni e atti giuridici di carattere generale che gli organi dell'amministrazione statale sono autorizzati ad emanare in base a un esplicita disposizione di legge" (pág.626).

(45) GORDILLO: op. cit., pág. 419. Ver NIETO, A.: op. cit., págs. 483 a 522.

El Congreso Internacional de Ciencias Administrativas de Dublín de 1968 —Rapport General de WENNERGREEN, BERTIL, Bruselas, 1968— excluye los actos bilaterales del contenido del procedimiento administrativo. Ver supra, nota 44, in fine, la situación en Yugoslavia a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo (ZUP) de marzo de 1965.



vo. Isaac dice que la ejecución de los actos administrativos, como de las leyes, es asunto de justicia y no cuestión administrativa, desde que ella no es voluntaria, en cuanto se convierte en contenciosa (46). Pero no hay que olvidar que la administración goza del privilegio de la ejecutoriedad y que ella misma puede ejecutar sus actos, y esta actividad creemos que debe quedar sujeta a las reglas y principios del procedimiento administrativo, pues constituye uno de los medios para lograr una verdadera democratización en la misma sede administrativa, y no posteriormente en lo contencioso, que es “*après-coup*”.

Algunos autores estiman que no existe una coincidencia entre “la vía administrativa” y el procedimiento administrativo general, considerando que en ella caben varias etapas, y que cada una de ellas serían tantos otros procedimientos administrativos. Es decir, que para ellos la impugnación de los actos en sede administrativa constituye un procedimiento distinto al procedimiento de formación de los actos administrativos, habrían, por consiguiente, tantos procedimientos administrativos como instancias en la vía administrativa(47).

(46) ISACC: *op. cit.*, pág. 171. En el mismo sentido, LANGROD: *op. cit.*, pág. 71. Hay quienes en cambio incluyen la ejecución, entre otros, GABINO FRAGA: *Derecho Administrativo*, México, 1963, 10a. ed. pág. 283; NAVA NEGRETE: *op. cit.*, etc.

(47) Entre otros, GONZALEZ NAVARRO, FRANCISCO: “Procedimiento Administrativo y vía Administrativa”, R.A.P., No. 51, 1966, págs. 181 a 197. ROYO VILLANOVA: *op. cit.* págs. 73 y ss. LOPEZ NIETO Y MALLO: *op. cit.*, pág. 28. GARCIA OVIEDO CARLOS: “Derecho Administrativo”, E.I.S.A., 8a. ed., Madrid, 1962, págs. 821 y ss.

Pero en realidad, creemos que se trata más bien de una postura derivada de una solución legal concreta pues González Navarro, al criticar la tesis de los que sostienen la unidad del procedimiento, dice: “A pesar de la carencia de fundamentación de la doctrina establecida, podría tal vez aceptarse como criterio definitivo, si no fuera porque choca abiertamente con la legalidad establecida” -*op. cit.* pág. 191. Por el contrario, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español mantiene la tesis de que los recursos administrativos son una mera fase del procedimiento administrativo, es decir la tesis de la unidad del procedimiento administrativo. Se encuentran posturas similares a las del Tribunal Supremo en algunos sectores doctrinales, ej. AURELIO GAUITA *op. cit.*, págs. 35 y ss.

Nosotros, sin embargo, sostenemos la tesis contraria: el procedimiento es un todo, es unitario, y los recursos a que un acto da lugar en sede administrativa no son más que meras fases e incidencias de un mismo y único procedimiento.

La unidad del procedimiento general administrativo se encuentra en tensión con la especialidad, de allí que sean posibles varios procedimientos especiales por las características particulares que presentan, ej.: procedimientos aplicables a las esferas militares. En este sentido, sí cabe hablar de varios procedimientos en la vía administrativa, es decir que al lado del procedimiento general administrativo existirán otros procedimientos administrativos. Pero, entiéndase bien, la fase impugnativa de cualquiera de ellos no significa que esa impugnación constituya, por sí y ante sí, un otro procedimiento, sino que sería una fase secundaria —si se quiere— del procedimiento original— general o especial que motiva esa impugnación.

## 12. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. VIA ADMINISTRATIVA. VIA GUBERNATIVA. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

12.1. Expediente administrativo. El procedimiento administrativo está integrado por una serie de actos que tienden a la producción de un acto administrativo. El expediente no es más que la materialización del procedimiento, “el procedimiento hecho papel”, es el resultado que se obtiene de la llamada actividad de constancia. “El expediente es un cuerpo de escritos que refleja o representa el desenvolvimiento de las distintas actividades que tienen lugar a lo largo del procedimiento administrativo”(48).

12.2. Vía administrativa.—La expresión vía administrativa suele emplearse para denominar los trámites administrativos y actos que tienden a la producción del acto administrativo —por lo tanto previos a la vía contenciosa—. Para algunos abarca varios procedimientos administrativos. Para nosotros, que aceptamos y compartimos la teoría unitaria, equivale a procedimiento administrativo;

(48) GONZALEZ NAVARRO, —*op.*, pág. 184, critica lo que él llama el lenguaje poco técnico de la ley de procedimiento española de 1958. Ver GUAITA; *op. cit.*, pág. 30. Una consideración procesal del expediente administrativo en GONZALEZ PEREZ: “Derecho Procesal . . .”, T. 2. págs. 705 y ss.

vienen a ser sinónimos, pueden utilizarse indistintamente ya que ambas expresiones aluden a un mismo contenido, resultando sin embargo más clara y precisa la denominación procedimiento administrativo.

**12.3. Vía administrativa y vía gubernativa.** Es frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia emplear indistintamente como sinónimos las expresiones “vía administrativa” y “vía gubernativa” para designar al procedimiento que se tramita ante los organismos administrativos. El uso indiscriminado e indiferenciado de estos términos ha alcanzado una difusión tan considerable que incluso han terminado por obtener su carta de ciudadanía, imponiéndose finalmente en la doctrina.

No tenemos ningún reparo en admitir el uso de tales expresiones (como otras de tantas maneras posibles de llamar al procedimiento administrativo). Sin embargo, y en la conveniencia de utilizar algún sinónimo o término equivalente a procedimiento administrativo, preferimos la denominación “vía administrativa” a la de “vía gubernativa”, pues esta última puede prestarse a equívocos y confusiones.

Calificar de “vía gubernativa” al procedimiento integrado por actos administrativos, que se tramitan ante organismos administrativos, para crear actos administrativos llamados a producir efectos administrativos, puede prestarse a posibles confusiones. Además estos actos administrativos son impugnables ante la misma administración y, posteriormente, pueden serlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la doctrina española, González Navarro sostiene una opinión similar: acepta la expresión “vía administrativa”, pero rechaza la de “vía gubernativa”, estimando que esta última “debe rechazarse por inapropiada para designar la actuación ante organismos administrativos previa a una actuación en vía judicial. Y ello por la sencilla razón de que aquella actuación tiene lugar ante organismos administrativos de todas clases y no exclusivamente ante los gobernadores civiles, ni tampoco ante el Gobierno”(49).

La expresión correcta para denominar el procedimiento ante los organismos administrativos

es la de procedimiento administrativo, o vía administrativa.

### 13. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DERECHO ADMINISTRATIVO.

El derecho administrativo es “aquella parte del Derecho Público que determina la organización y comportamiento de la administración (directa o indirecta) del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado”(50).

Si tanto el derecho administrativo como el procedimiento administrativo estudian la actividad administrativa, ¿qué relación guardan entre sí? “la relación entre el derecho administrativo y el derecho del procedimiento administrativo es de género a especie: el último es tan sólo una parte del primero”(51). El procedimiento administrativo es una parte del derecho administrativo, participa de sus mismos principios y fines, y como tal debe ser estudiado. La tarea de establecer límites entre ambos resulta bastante difícil y, a ratos, sus fronteras son un tanto indefinidas como sucede con las reglas de competencia y organización (ver supra No. 11). Las dos disciplinas se refieren a la actividad administrativa, pero en tanto que ella constituye el contenido del procedimiento administrativo, su objeto único y exclusivo, el derecho administrativo, en cambio, es mucho más

(50) GARRIDO FALLA; artículo citado, pág. 11 y “Tratado . . .”, pág. 139. Es frecuente entre los autores, al definir el derecho administrativo insistir en su carácter de rama del derecho público, ej. LAUBADERE: op. cit. pág. 11. El profesor belga DEMBOUR, JACQUES: “Droit Administratif”, Liège, 1970, págs. 13 y ss. lo califican de “branche du droit public interne”.

Sin embargo GARCIA-TREVILIANO —en op. cit. págs. 140 y ss. —niega todo valor a la distinción Derecho Público— Derecho Privado, prefiriendo hablar de Derecho individual y supra-individual; el Derecho administrativo sería supra individual porque una de las partes es siempre y necesariamente una Administración Pública, y las relaciones con la Administración son de mayor o menor.

(51) GORDILLO: op. cit., pág. 46. NIETO: op. cit., pág. 93. Refiriéndose a Alemania dice que la línea de demarcación entre el procedimiento administrativo y derecho material no son lo suficientemente claras y que además la posición de la doctrina es cambiante y movediza.

(49) GONZALEZ NAVARRO, F.: op. cit., pág. 184.

amplio, su objeto de estudio excede considerablemente al del procedimiento administrativo. El derecho administrativo constituye un todo geográfico del cual el procedimiento administrativo viene a ser tan solo una provincia.

#### 14. DENOMINACION, DEFINICIONES, NUESTRA DEFINICION.

**14.1. Denominación.** La denominación que utilizamos en el presente estudio es la de “procedimiento administrativo”, a nuestro juicio suficientemente significativa como para expresar e identificar el tema al cual se refiere; además, es la utilizada por los autores de lengua castellana, habiendo adquirido suficiente divulgación. En lengua alemana lo llaman “derecho del procedimiento administrativo” (*Verwaltungsverfahrenrecht*); en lengua francesa, “procedimiento administrativo no contencioso” (*procédure administrative non contentieuse*); en lengua italiana, “procedimiento administrativo” (*procedimento amministrativo*).

**14.2. Definiciones.** La definición del procedimiento administrativo depende del contenido, de la extensión que cada autor le conceda; está en relación directa con el enfoque aplicado, p.ej., con los límites y relaciones que guarda con otras partes del derecho administrativo, si abarca o no a los actos administrativos bilaterales, si incluye o no la ejecución, si se tiene de él un concepto unitario,

o en cambio, si se admiten varios procedimientos administrativos.

Con todo y eso, hay zonas de coincidencia que permiten afirmar la identidad de esta disciplina. Hay un núcleo común en el cual los autores están de acuerdo, esto es, en los principios y formalidades que lo animan, en la necesidad de sujetar la actividad administrativa mediante normas de derecho, la importancia mayor o menor que se asigna al procedimiento administrativo, y en fin en la existencia concreta de muchas de sus instituciones (52). En cuanto al resto de su contenido, en el que hay discrepancias, estaría constituido por zonas de mayor o menor extensión según el prisma del enfoque personal de cada autor, las distintas normativas nacionales y los alcances fijados por las respectivas jurisprudencias.

**14.3. Nuestra definición.** Con todo los elementos y aclaraciones hechas hasta aquí, podemos intentar dar una definición del procedimiento administrativo, haciendo destacar previamente que para nosotros presenta un carácter marcadamente instrumental, y que viene a ser una pauta para que el Estado realice, eficazmente, las atribuciones que le están encomendadas, siendo a la vez una garantía de que éstas se realizarán dentro del marco de la legalidad.

#### DEFINICION:

“El procedimiento administrativo es el conjunto de principios y de formalidades previas que regulan la producción de los actos administrativos unilaterales y las fases previas de los actos bilaterales (cuando aún no han intervenido las voluntades de los contratantes para perfeccionarlos), desde su iniciación hasta el momento en que se dicta, su publicación y ejecución, los recursos a que da lugar y su resolución en sede administrativa”.

(52) *Sucintamente, en el planteamiento general de este trabajo, y en otros apartados, se habló de la importancia del procedimiento administrativo, y en donde, frente al enfoque tradicional de concebirlo únicamente como medio de protección a los particulares, afirmamos que debe concebirse como un instrumento que coadyuva a una reforma administrativa insertada dentro de un proceso global de desarrollo social y económico.*

# **LEYES INDIGENAS**

## **SOBRE LA PROSTITUCION.**

### **LA VIOLACION.**

¿Teneys mugeres malas entre vosotros, que ganan prescio por dar sus cuerpos?

Sí, hay, y lo que ganan es para ellas.

¿Esas mugeres tienen rufianes, á quien den parte de lo que ganan?

Rufianes tienen; mas para servirse dellos, é lo demás no se usa.

Al que fuerça alguna muger en el campo  
¿Qué pena le dan?

Si ella dá voces, acude gente é toman al forçador é átanlo, é llévanlo á casa del padre della; é tiénenlo atado cinco ó seys días hasta que se rescata ó contenta á sus padres della ó á ella, si no tiene padres: é si no se rescata queda el forçador por esclavo de los padres della, si los ha, é si no, queda por esclavo de la muger forçada.

**Diálogo del reverendo Fr. Francisco Bobadilla con los indígenas.**